
Santé mentale et droit pénal

Mathias Couturier



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1928>

DOI : 10.4000/crdf.1928

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 2014

Pagination : 87-102

ISBN : 978-2-84133-507-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Mathias Couturier, « Santé mentale et droit pénal », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 12 | 2014, mis en ligne le 01 octobre 2015, consulté le 11 février 2020. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1928> ; DOI : 10.4000/crdf.1928

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

Santé mentale et droit pénal

Mathias COUTURIER

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'université de Caen Basse-Normandie

Centre de recherche en droit privé (CRDP, EA 967)

Pôle santé, maladies, handicaps de la MRSH de Caen

I. La protection pénale de la santé mentale des personnes

A. La protection de la vulnérabilité mentale des personnes

1. La vulnérabilité comme cause d'aggravation de l'infraction
2. La vulnérabilité intervenant dans la constitution de l'infraction

B. La protection de l'équilibre mental des personnes

1. L'infraction de violence psychologique : la répression du choc psychique
2. La répression de la dégradation du psychisme : les infractions de harcèlement
3. La répression de la manipulation du psychisme : l'infraction d'abus d'état de sujétion psychologique

II. La protection pénale de la société contre les risques générés par la santé mentale

A. Soigner l'infraction par le droit pénal

1. Le développement des soins pénalement obligés
2. L'infraction pénale est-elle une maladie ?

B. Punir la maladie par le droit pénal

1. Le trouble psychique ou neuropsychique face à la responsabilité pénale
2. Les troubles de la personnalité et la rétention de sûreté

La santé mentale est, selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS),

[...] un état de bien-être dans lequel une personne peut se réaliser, surmonter les tensions normales de la vie, accomplir un travail productif et contribuer à la vie de sa communauté¹.

Le souci de la protéger et de la promouvoir est devenu, ces dernières décennies, une préoccupation de santé publique majeure. Elle fait d'ailleurs l'objet d'une politique de santé publique spécialisée donnant lieu à l'élaboration

d'un plan quinquennal qui en décline les objectifs majeurs. Mais la protection de la santé mentale, si elle demeure une compétence de l'État, est une préoccupation qui traverse en réalité la société française tout entière et même le monde occidental en général. En 2008, le Pacte européen pour la santé mentale et le bien-être énonçait que la santé mentale « est un droit de l'homme. Elle est indispensable à la santé, au bien-être et à la qualité de vie. Elle favorise l'apprentissage, le travail et la participation à la société »². En 2009, le rapport du groupe de travail « Santé mentale et déterminant du bien-être » rendu à la secrétaire

1. Site de l'OMS, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs220/fr/>.

2. Pacte européen pour la santé mentale et le bien-être, Conférence de haut niveau de l'UE, Bruxelles, 12-13 juin 2008, p. 2, disponible en ligne: http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/mental/docs/pact_fr.pdf.

d'État en charge de la Prospective et du Développement de l'économie numérique annonçait même qu'elle est « l'affaire de tous »³.

La chose psychique et / ou mentale (les deux notions pouvant être prises pour synonymes⁴) étant incontestablement devenue un enjeu de premier plan au sein des sociétés contemporaines, le système juridique ne manque évidemment pas de lui offrir la place croissante que cela implique. S'offre donc à la réflexion doctrinale, à présent, le fait d'entamer l'élaboration d'une théorie générale des rapports entre le droit et le psychisme⁵. Il était alors inévitable que les lois pénales qui, comme l'expliquait Rousseau, « sont moins une espèce particulière de loi, que la sanction de toutes les autres »⁶, y prennent leur part. Pour ne prendre que quelques exemples, le Code pénal nouveau, en 1992, se renouvelait en intégrant des notions comme celle « d'intégrité psychique » et, plus explicitement encore depuis le début des années 2000, il voyait naître des infractions s'appuyant expressément sur la notion de « santé mentale » (délit de harcèlement moral au travail, 2002; délit de harcèlement moral dans le couple, 2010).

Pour autant, l'introduction dans le droit pénal de cette nouvelle dimension de la régulation sociale ne va pas sans générer des difficultés. En effet, la notion de santé mentale fait l'objet de contestations épistémologiques⁷ et, à tout le moins, n'est pas uniformément définie. Certains travaux récents considèrent qu'elle comprend deux pôles. Le premier, englobant les troubles mentaux et la souffrance psychique, est parfois désigné comme la *santé mentale négative* en tant qu'il recouvre des phénomènes ou situations partageant cette caractéristique d'affecter la normalité de l'esprit humain en altérant son fonctionnement ou son équilibre. Le second est communément désigné comme la *santé mentale positive* et peut être présenté comme l'aptitude de l'individu à comprendre et maîtriser ses émotions permettant de se diriger vers un état de bien-être qui finira par s'identifier au bonheur⁸. Ainsi, on en déduira inévitablement que :

La notion de santé mentale désigne un spectre de problèmes qui va du développement personnel (ce qu'on a appelé « la thérapie pour les normaux ») afin d'améliorer ses performances ou son équilibre psychologique, dans le travail, la sexualité, les relations avec ses enfants, etc., aux psychoses adultes et infantiles. *La notion est donc si large qu'elle en est indéterminée*⁹.

Le droit pénal paraît alors soumis à deux injonctions, sinon contradictoires, à tout le moins non convergentes. D'un côté, sachant que « l'atteinte psychique est aujourd'hui considérée comme un mal au moins aussi grave que l'atteinte corporelle et, souvent, plus insidieux »¹⁰, on admettra que le droit pénal ne peut esquiver cette nouvelle dimension structurante d'un ordre social qu'il a pour objet de protéger. D'un autre côté, pour autant, le droit pénal n'est sans doute pas l'outil le plus adapté pour saisir, qualifier, poursuivre, sanctionner, etc., des phénomènes et processus ayant leur siège dans l'appareil mental de l'individu. Certaines raisons tiennent au fait que le droit pénal, qui est fait pour s'ancrer autant que possible dans la réalité matérielle d'actions ou omissions coupables, n'a sans doute pas été conçu à l'origine pour s'arrimer facilement à des notions aussi indéterminées que celle de fait psychique ou de santé mentale. Les procédés législatifs mis au service de l'édification de cette nouvelle strate du droit pénal suscitent d'ailleurs souvent une perplexité en doctrine et certains provoquent même de vives critiques en ce qu'ils révèlent une tentation, au nom d'une meilleure protection de la sécurité publique, de s'affranchir de certaines logiques fondatrices de la pénalité moderne. Néanmoins, cette dynamique juridique est bel et bien enclenchée et la source, loin de se tarir, offre depuis quelques années un flot presque continu d'innovations législatives produisant leurs effets tant en direction d'un approfondissement constant de la protection pénale de la santé mentale des personnes (I) que d'une protection renforcée de la société contre les risques générés par la santé mentale de certaines personnes (II).

3. Groupe de travail « Santé mentale et déterminant du bien-être » présidé par V. Kovess-Masféty, *La santé mentale, l'affaire de tous. Pour une approche cohérente de la qualité de la vie*, rapport remis à N. Kosciusko-Morizet, 17 novembre 2009, Paris, La documentation française, 2010.
4. On en voudra pour preuve que la règle de l'irresponsabilité pénale pour cause de *trouble psychique ou neuropsychique* de l'article 122-1 du Code pénal est mise en œuvre dans le cadre d'une procédure que le Code de procédure pénale (CPP) décrit, aux articles 706-119 et suivants, comme la « décision d'irresponsabilité pénale pour cause de *trouble mental* » (nous soulignons).
5. Pour les premières tentatives approfondies, voir G. Aïdan, *Le fait psychique, objet de normes juridiques*, thèse de doctorat, université Paris 1, 2012 (dactyl.); V. Racht-Darfeuille, *L'état mental de la personne*, thèse de doctorat, université Paris 1, 2001 (dactyl.).
6. J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit*, Amsterdam, M.-M. Rey, 1762, p. 119.
7. Voir, par exemple, É. Roudinesco, « L'œuvre de Foucault à l'épreuve de la nouvelle psychiatrie », in *Folie et justice: relire Foucault*, P. Chevallier, T. Greacen (dir.), Toulouse, Érès, 2009, p. 42; M.-N. Godet, *Des psychothérapeutes d'État à l'État thérapeute. Une intervention étatique invasive*, Paris, L'Harmattan (Psychanalyse et Civilisations), 2009.
8. Groupe de travail « Santé mentale et déterminant du bien-être », *La santé mentale, l'affaire de tous...*, p. 22: « Sentiment de valeur personnelle (*self-esteem*); registres de "l'intelligence socio-émotionnelle", comme exactitude de la perception consciente et contrôle de ses émotions, capacité à exprimer ses émotions de manière appropriée, à identifier les émotions d'autrui et à savoir y répondre; sentiment d'influence ou de contrôle (*mastery*) sur sa destinée et son environnement (inverse des sentiments de dépossession ou d'impuissance); capacités d'adaptation (*coping*) ou de résilience individuelle, i.e. disposition à faire face aux stress ou aux événements de vie difficiles; états de satisfaction, de bien-être ou de bonheur ».
9. A. Ehrenberg, « La plainte sans fin. Réflexions sur le couple souffrance psychique / santé mentale », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 41-42, 2005, p. 17 (c'est l'auteur qui souligne).
10. A. Ehrenberg, « Remarques pour éclaircir le concept de santé mentale. Point de vue », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2004, p. 77.

I. La protection pénale de la santé mentale des personnes

Les rapports entre le droit pénal et la santé mentale, en tant qu'il s'agirait de protéger cette dernière, opéreront de deux manières distinctes. Il s'agira, d'une part, de sanctionner les personnes ayant commis des infractions sur des personnes atteintes d'une altération mentale préexistante qui les placera en situation de vulnérabilité (A). On sanctionnera, d'autre part, des comportements ayant pour objet ou effet de dégrader la santé mentale des personnes (B).

A. La protection de la vulnérabilité mentale des personnes

Une santé mentale altérée, en tant qu'elle place la personne qui la subit dans une situation de vulnérabilité, génère une attention supplémentaire de la part de la loi pénale qui réprime différemment les auteurs d'infractions commises contre les personnes atteintes d'un tel handicap. On notera que le Code pénal n'utilise pas les mêmes catégories que le droit de l'action sociale qui distingue, depuis une loi de 2005, divers types de handicaps, parmi lesquels le handicap mental et le handicap psychique. Le Code pénal, pour sa part, raisonne exclusivement au travers de la notion de déficience « psychique ». Néanmoins, celle-ci peut englober toutes les formes de déficiences ayant leur siège dans l'appareil mental de l'individu. Cette vulnérabilité de la victime peut intervenir soit comme cause légale d'aggravation de la peine liée à une infraction pénale (1) soit comme un élément intervenant au sein même de la constitution de l'infraction pénale (2).

1. La vulnérabilité comme cause d'aggravation de l'infraction

De nombreuses infractions, tout d'abord, comptent la « déficience psychique » comme une cause d'aggravation de la peine. On relèvera divers exemples comme celui du meurtre et de l'empoisonnement (art. 221-4), de la torture ou des actes de barbarie (art. 222-3 et 222-4), de la traite des êtres humains (art. 225-4-2), du proxénétisme (art. 225-7). Une telle aggravation s'étend également aux infractions relatives à la protection des biens, à l'exemple de l'abus de confiance (art. 314-2) et du vol (art. 311-5).

Cette cause d'aggravation opère de manière subjective, c'est-à-dire qu'elle produit ses effets lorsque la vulnérabilité est apparente ou connue de l'auteur des faits. L'augmentation de la répression vise donc à sanctionner les auteurs qui auront commis ces infractions en profitant sciemment de la faiblesse de la victime. C'est ce qui explique que, si une

telle aggravation de la peine est prévue par la loi pour les violences volontaires, elle ne le soit pas pour les infractions d'homicide ou de blessures involontaires dans lesquelles, puisqu'il n'y a pas d'intention du résultat dommageable, on ne peut reprocher à l'auteur de l'infraction d'avoir cherché à tirer profit de la faiblesse de la victime.

2. La vulnérabilité intervenant dans la constitution de l'infraction

La vulnérabilité psychique peut ensuite se présenter comme un élément constitutif de certaines infractions. En d'autres termes, le juge tiendra compte de l'état mental de la victime non pour déterminer la peine maximale encourue mais pour déterminer si la responsabilité pénale est engagée. La question se posera différemment, néanmoins, selon qu'une telle condition est explicitement ou implicitement soulevée par le texte incriminateur.

Lorsqu'elle l'est de manière explicite, la mise en œuvre de la répression ne soulève pas de difficulté technique majeure si ce n'est celle de caractériser la faiblesse psychique de la victime, question qui se révélera forcément casuistique et relèvera, si nécessaire, d'une expertise. Au titre de cette catégorie d'infractions, on relèvera ainsi que le Code pénal punit « le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique » (art. 223-3) ou le fait d'abuser de la vulnérabilité psychique d'une personne pour l'amener à commettre des actes qui lui seraient « gravement préjudiciables » (art. 223-15-2)¹¹. De même, le recours à la prostitution d'une personne, même majeure, est un délit lorsque celle-ci est atteinte d'une « particulière vulnérabilité » provenant d'une « déficience [...] psychique » (art. 225-12-1, al. 2)¹². Par ailleurs, l'article 434-3 du Code pénal réprime la non-dénonciation de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse. Si le second alinéa de ce texte excepte les personnes astreintes au secret professionnel de l'article 226-13 de cette règle, l'article 226-14 du Code pénal, de manière complémentaire, autorise néanmoins le professionnel à transgresser l'interdit de la révélation qui lui est normalement imposé afin de lui permettre :

[...] [d']inform[er] les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique.

11. Sur ce texte, voir *infra* (I.B.3).

12. L'infraction réprimant de manière générale le recours à la prostitution n'est pas, à l'heure où nous rédigeons ces lignes, définitivement adoptée par le Parlement.

L'interaction entre ces textes offre ainsi au professionnel tenu au secret une faculté de révélation dont il apprécie en conscience la mise en œuvre afin de rechercher la meilleure solution pour porter assistance à la personne vulnérable qui serait en péril.

En d'autres infractions, la question de la vulnérabilité psychique intervient de manière implicite. Il s'agit des incriminations dans la définition desquelles intervient la notion de consentement. Les agressions sexuelles en constituent le parangon. En effet, une agression sexuelle ne peut être constituée que lorsque l'auteur des faits a commis sur une autre personne un acte sexuel avec « violence, contrainte, menace ou surprise » (art. 222-22). Il s'en déduit qu'il s'agit de punir lorsque la personne avec laquelle l'auteur des faits a eu la relation sexuelle n'y a pas consenti. Dès lors, sachant que la personne atteinte d'une vulnérabilité psychique est affectée d'une pathologie qui altère sa capacité à comprendre et à vouloir, peut-on considérer qu'elle est juridiquement apte à émettre une acceptation des relations sexuelles susceptible d'être qualifiée de consentement ?

En jurisprudence, la réponse n'est pas nécessairement négative : l'état de déficience mentale d'un partenaire sexuel est en lui-même insuffisant pour caractériser la violence, la contrainte ou la surprise exclusifs du consentement. Ainsi a-t-il été jugé, par exemple, qu'une femme, bien que vulnérable du fait de sa trisomie, qui rejoint un homme dans son mobile home, qui se déshabille et se couche sur son lit peut être considérée comme consentante à des attouchements sexuels dès lors que ceux-ci ont été réalisés sans violence, menace ou contrainte¹³. En effet, poser par principe une solution inverse porterait atteinte à la liberté sexuelle puisque les partenaires potentiels de personnes atteintes de déficience mentale ou psychique seraient, par crainte de la répression, dissuadés d'entretenir le moindre commerce intime avec elles. Or, la pratique sexuelle compte parmi les libertés que toute personne, même atteinte d'une vulnérabilité, peut revendiquer. La cour administrative d'appel de Bordeaux vient de le rappeler, en 2012¹⁴, en annulant la disposition du règlement intérieur d'un hôpital psychiatrique qui prohibait toute relation sexuelle avec les malades en considérant que « les patients d'un établissement psychiatrique sont vulnérables et nécessitent d'être protégés ». La juridiction administrative, sans nier ce postulat, considèrerait néanmoins que :

[...] l'ingérence dans l'exercice du droit d'une personne atteinte de troubles mentaux, hospitalisée sans son consentement, au respect de sa vie privée qui constitue une liberté individuelle et dont le respect de la vie sexuelle est une composante, par une autorité publique, ne peut être légale que si elle répond à des finalités et qu'elle est adéquate et proportionnée au regard de ses finalités.

En somme, le règlement ne peut interdire toute relation sexuelle avec les malades mais seulement dans certains cas, pour tenir compte de certains états et pathologies spécifiques.

Le raisonnement à tenir en droit pénal semble du même ordre. La vulnérabilité de la personne liée à son état de déficience mentale ou psychique entre en ligne de compte mais il faut apprécier, au cas par cas, le fait que le consentement à l'acte sexuel soit à considérer comme existant et opératoire. Quelques comparaisons avec des codes étrangers seront éclairantes, à l'exemple de l'article 375, alinéa 2, du Code pénal belge qui dispose, à propos de l'infraction de viol : « Il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte ou ruse ou a été rendu possible à raison d'une infirmité ou déficience physique ou mentale de la victime ». Ainsi, il n'y a pas viol pour toute relation sexuelle avec une personne en état de déficience mais seulement lorsque c'est à raison de cette déficience de la victime que l'acte sexuel a été obtenu. Le Code pénal espagnol (art. 181-2) emploie une formule tout aussi explicite : « sont considérés comme abus sexuels non consentis ceux qui sont commis à l'encontre des personnes de moins de treize ans, de personnes inconscientes ou dont on a profité d'un trouble mental »¹⁵. Il s'agit donc de savoir si la victime, du fait de sa déficience, était apte à comprendre l'acte sexuel mais aussi et surtout de déterminer si l'auteur des faits a fait preuve d'un état d'esprit cauteleux en s'appuyant sur cette déficience pour obtenir l'acte sexuel. Par exemple, est à considérer comme une contrainte morale excluant le consentement de la victime une situation dans laquelle un aide-soignant en hôpital psychiatrique a exercé, un soir, des faits d'attouchements et de pénétration sexuelle sur une malade qui ne s'était pas opposée à ces actes. En effet, il est établi, selon le juge, que la victime, prise en charge pour un problème alcoolique, souffrait de troubles de la personnalité importants, qu'elle était dépressive, qu'elle souffrait de troubles du sommeil intenses, qu'elle était un sujet de type passif dépendant et qu'elle était soumise à un traitement médicamenteux, notamment des somnifères, dont l'auteur des faits ne pouvait ignorer qu'il produisait des effets de nature à émousser les réactions de la victime¹⁶.

On notera, dans ce cadre, que la condamnation de l'auteur des faits n'est pas nécessairement liée au taux de handicap de la victime. On trouve ainsi des décisions mettant hors de cause pour des relations sexuelles entretenues avec des personnes handicapées mentales à 80 %¹⁷ ou, à l'inverse, condamnant des relations sexuelles avec une personne atteinte d'un handicap de seulement 50 %¹⁸. La répression n'est pas non plus automatiquement liée à l'âge mental retenu par les experts. On a vu une décision

13. CA Montpellier, 16 janvier 2007, *JurisData*, n° 2007-325677.

14. CAA Bordeaux, 2^e ch., 6 novembre 2012, n° 11BX01790, *JurisData*, n° 2012-031255.

15. « Se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. »

16. CA Montpellier, 15 mai 2007, *JurisData*, n° 2007-343868.

17. Cass. crim., 2 septembre 2004, n° 04-81346 ; CA Montpellier, 22 août 2006, *JurisData*, n° 2006-324839.

18. Cass. crim., 2 septembre 2010, n° 09-88490.

indiquant qu'une jeune femme dotée d'un âge mental évalué entre cinq et huit ans pouvait être considérée comme ayant valablement consenti à des relations sexuelles¹⁹. Cette personne, qui avait rencontré le prévenu durant une fugue, l'avait accompagné dans une pharmacie pour acheter des préservatifs, ce dont le juge déduisait que cela « [montrait] que son handicap intellectuel, pour sévère qu'il fut, lui laissait la possibilité de consentir à des relations sexuelles ».

En revanche, certaines circonstances seront de nature à entraîner répression. Ainsi, le constat de l'absence totale de capacité de compréhension et de réaction de la personne face aux faits exclut tout consentement et, dès lors, doit être reconnu coupable d'agression sexuelle l'individu qui s'est masturbé devant son épouse et a éjaculé sur elle alors qu'il connaissait son état de vulnérabilité²⁰. En effet, cette dernière, qui vivait dans un lit médicalisé dans la pièce principale de la maison, était atteinte d'un état de démence sénile avancé avec perte totale d'autonomie physique et psychique qui rendait impossible l'expression d'un consentement. De même, la situation d'autorité de l'auteur des faits sur la victime est de nature à renforcer le constat de l'absence de consentement de la personne vulnérable²¹.

B. La protection de l'équilibre mental des personnes

Le droit pénal voit se développer, depuis les années 1990, les incriminations réprimant le fait de porter atteinte à l'équilibre psychique des personnes. Diverses infractions existent, à l'exemple de celle d'administration de substance nuisible « ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui » (art. 222-15). Toutefois, on approfondira plutôt la répression des violences psychologiques (1), des harcèlements (2) et de l'abus d'état de sujétion psychologique (3).

1. L'infraction de violence psychologique : la répression du choc psychique

La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a introduit dans la section du Code pénal consacrée aux violences volontaires un article 222-14-3 disposant : « Les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques ». On considère généralement que ce texte nouveau n'a fait que consacrer une pratique

antérieure. En effet, la jurisprudence réprimait déjà les comportements qui, sans causer d'atteinte physique à la personne, provoquaient chez elle un choc émotif ou une perturbation psychique importants²². Avaient été ainsi jugées condamnables, par exemple, les propositions obscènes faites une pierre à la main à une fillette²³, des coups de balai forts et répétés dans un plafond de nature à perturber l'équilibre nerveux du voisin du dessus²⁴ ou l'irruption d'un individu armé d'une tronçonneuse au sein d'un repas collectif²⁵. Sous l'ancien Code pénal, la jurisprudence réprimait de tels comportements sur le fondement de l'article 605 du Code pénal qui punissait les auteurs de « voies de fait et violences légères, pourvu qu'ils n'aient blessé ni frappé personne ». Bien que le Code pénal nouveau, en 1994, n'ait pas exactement repris les mêmes concepts, la jurisprudence n'avait pas connu d'inflexion notable et avait considéré que les atteintes à l'intégrité psychique pouvaient être réprimées, dorénavant, au même titre que les atteintes à l'intégrité physique sous l'intitulé de « violences volontaires ». La justification de cette solution tient notamment à ce que les textes relatifs à la répression des violences trouvent leur siège dans un chapitre consacré aux « atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne ».

Pour autant, la loi de 2010 n'est pas dénuée d'intérêt. À tout le moins, si elle ne modifie pas les solutions, elle est représentative d'une évolution continue vers un accroissement de la répression des atteintes à l'intégrité psychique des personnes. En effet, sous le Code pénal ancien, les violences psychologiques n'étaient punies que par des peines légères : l'incrimination de « voies de fait et violences légères » de l'article 605 qui servait de support à la répression était une contravention. À compter de l'entrée en vigueur du Code pénal nouveau en 1994, les violences psychologiques étaient susceptibles d'entrer dans toute la gradation des violences volontaires dont la progression dépend de l'ampleur du dommage observé chez la victime. La loi de 2010 confirme ce point et incite, ce faisant, à s'emparer de tout l'éventail des sanctions possibles. Les violences psychologiques ne sont donc plus à penser exclusivement comme des violences légères en ce qu'elles peuvent, elles aussi, générer des sanctions proportionnelles au dommage qu'elles génèrent. On en cernera les implications en se souvenant que d'autres branches du droit ont déjà affirmé que des atteintes à l'équilibre psychique des personnes peuvent se révéler causales de conséquences parmi les plus graves et même la mort. En effet, la 2^e chambre civile de la Cour de cassation considère

19. CA Montpellier, 18 mars 2010, *JurisData*, n° 2010-013884.

20. CA Rouen, 25 juin 2009, *JurisData*, n° 2009-009408.

21. CA Nîmes, 11 octobre 2007, *JurisData*, n° 2007-365817 : beau-père ayant eu des relations avec sa belle-fille handicapée mentale; CA Rouen, 11 juin 2008, *JurisData*, n° 2008-007405 : psychiatre ayant abusé de sa position de thérapeute sur un patient qui, présentant une légère déficience mentale, s'était trouvé placé dans une situation de dépendance médicale, affective et financière à l'égard du prévenu expliquant sa passivité lors des rapports sexuels sollicités par ce prévenu.

22. Voir I. Moine-Dupuis, « La plaisanterie, chose sérieuse en droit pénal », *Dalloz*, 2003, p. 1001-1004.

23. Cass. crim., 14 novembre 1931, *Bulletin criminel*, n° 258.

24. Cass. crim., 22 octobre 1936, *Bulletin criminel*, n° 97.

25. Cass. crim., 9 janvier 1986, *Gazette du palais*, 1986, 2, p. 598.

qu'un suicide peut être classé comme accident du travail dès lors qu'il est démontré qu'il trouve sa causalité au moins en partie dans la dégradation de l'environnement psychosocial du salarié²⁶. L'hypothèse n'est alors pas à écarter que, dans le cas d'un suicide dont on démontrera qu'il résulterait au moins en partie d'un comportement ayant très fortement impressionné la victime (à l'exemple d'une « soufflante » particulièrement humiliante infligée à un subordonné au travail), soit à retenir la qualification de violences psychologiques volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner qui ferait encourir une peine de quinze ans de réclusion criminelle²⁷. Par comparaison, on notera que l'acte par lequel une personne en panique s'était défenestrée, lui causant une incapacité totale de travail de quarante-cinq jours, du fait du comportement agressif d'un individu, a déjà été qualifié de violences volontaires²⁸. La tendance est donc clairement à l'intensification, de la part du législateur, de la protection pénale de l'intégrité psychique, souci que la création de diverses infractions relatives à la répression des harcèlements ne fait que confirmer.

2. La répression de la dégradation du psychisme : les infractions de harcèlement

Le Code pénal a vu se développer, depuis le début des années 1990, les textes incriminateurs visant à réprimer l'atteinte à l'intégrité psychique de l'individu résultant d'actes dits de « harcèlement ». Il s'agit, dans l'ordre chronologique de leur apparition, du harcèlement sexuel (art. 222-33)²⁹, du harcèlement moral au travail (art. 222-33-2)³⁰ et du harcèlement moral dans le couple (art. 222-33-2-1)³¹. Ces trois incriminations, bien que distinctes, soulèvent des interrogations comparables.

La première question tient aux problèmes d'ordre rédactionnel. Tant du côté du délit de harcèlement sexuel, dans son ancienne³² comme dans sa nouvelle écriture³³ après la censure du Conseil constitutionnel par sa décision du 4 mai 2012³⁴, que de ceux de harcèlement moral au travail³⁵ ou, plus récemment, de harcèlement moral dans le couple³⁶, les textes incriminateurs abondent de

notions floues, comme celles de « dignité » et notamment de « santé mentale » dont on a souligné en introduction à quel point elle est indéterminée. Ces textes contiennent également des confusions rédactionnelles comme celles des articles 222-33-2 et 222-33-2-1 du Code pénal relatifs au harcèlement moral qui, en réprimant les agissements ayant « pour objet ou pour effet » de porter atteinte aux personnes, ne permettent pas de détecter clairement la nature de l'élément moral requis pour entrer en voie de condamnation³⁷. Faut-il seulement que le harceleur ait commis volontairement des actes ayant eu *pour effet* de porter ainsi atteinte, ce qui traduirait alors l'exigence d'un simple dol général ? Ou faut-il démontrer que le comportement du harceleur avait pour objet, c'est-à-dire pour but, de produire une telle atteinte, ce qui impliquerait alors de prouver un dol spécial ? En somme, tout ceci altère la lecture que le sujet de droit doit être en mesure, en vertu du principe de légalité criminelle et de prévisibilité du droit pénal, de pouvoir faire du texte afin de cerner la légalité de son comportement. Le Conseil constitutionnel en a, le 4 mai 2012, tiré conséquence en abrogeant l'ancienne version de l'article 222-33 réprimant le harcèlement sexuel. Du côté du harcèlement moral au travail, une juridiction du fond avait refusé de faire produire effet à cette infraction au nom du même principe³⁸, même si, pour leur part, ni le Conseil constitutionnel³⁹ ni la Cour de cassation⁴⁰ ne s'étaient montrés critiques. Le harcèlement moral dans le couple n'a pas fait l'objet de davantage de réserves de leur part⁴¹. Sa rédaction étant calquée sur celle du harcèlement moral au travail, il soulève pourtant des interrogations comparables. Notamment, en s'appuyant explicitement sur la notion de « santé mentale », ces deux dernières infractions interrogent cette évolution consistant, pour le législateur, à s'introduire toujours davantage dans les replis du psychisme humain. Ces infractions ont, en effet, pour raison d'être « de sanctionner un processus de déstabilisation psychologique, d'intrusion ou de violation de l'espace mental d'un individu »⁴² et l'on peut se demander si l'outil répressif, en tant qu'il est censé reposer sur une mécanique aussi précise que possible afin d'écarter le risque d'arbitraire du juge, est l'outil le plus adapté pour traverser

26. Cass., 2^e civ., 22 février 2007, n° 05-13771.

27. En ce sens, voir É. Monteiro, « Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail », *Revue de science criminelle*, 2003, p. 277-288.

28. Cass. crim., 21 novembre 1988, *Bulletin criminel*, n° 392 ; *Revue de science criminelle*, 1989, p. 320, obs. G. Levasseur.

29. Issu de la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal.

30. Issu de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002.

31. Issu de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010.

32. Voir B. Py, M. Baldeck, « La définition du harcèlement sexuel est-elle satisfaisante ? », *Revue de droit du travail*, n° 6, 2011, p. 348-353.

33. Voir P. Conte, « *Invenias disjecti membra criminis* : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *Droit pénal*, 2012, étude n° 24.

34. CC, déc. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, *Dalloz*, 2012, p. 1372, note S. Detraz ; *ibid.*, p. 1177, éditorial F. Rome ; *ibid.*, p. 1344, point de vue G. Roujou de Boubée ; *ibid.*, p. 1392, entretien C. Radé ; *Revue de science criminelle*, 2012, p. 380, obs. A. Cerf-Hollender.

35. Voir É. Monteiro, « Le concept de harcèlement moral... ».

36. Voir P. Mistretta, « Harcèlements », in *Répertoire pénal*, 2013, n° 44 sq.

37. Voir É. Monteiro, « Le concept de harcèlement moral... ».

38. TGI Auch, 24 août 2006, *L'actualité juridique. Droit pénal*, 2006, p. 449.

39. CC, déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 18, 2002, étude F. Reneaud ; *Dalloz*, 2003, p. 1129, obs. L. Gay ; *ibid.*, 2002, p. 1439, chron. B. Mathieu ; *Revue de science criminelle*, 2002, p. 673, obs. V. Bück.

40. Cass. crim., 11 juillet 2012, n° 11-88114 ; Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-26402.

41. Cass. crim., 18 septembre 2012, n° 12-90047.

42. Voir P. Mistretta, « Harcèlements », n° 67.

cet espace⁴³. Il ne s'agit pas d'affirmer que la souffrance des personnes victimes de ces faits soit à dénier mais de souligner que cette détresse psychique, en tant qu'elle a partie liée avec cette totale subjectivité qu'est l'intériorité mentale, n'est peut-être pas un continent que la loi pénale, en tant qu'énoncé prescriptif objectivant, est naturellement faite pour explorer. L'analyse d'une autre infraction récemment créée, bien qu'assez distincte dans sa substance, illustrera plus précisément la nature de cette interrogation.

3. La répression de la manipulation du psychisme : l'infraction d'abus d'état de sujétion psychologique

L'article L. 223-15-2 du Code pénal, qui a déjà été évoqué plus haut, comprend deux incriminations distinctes. La première, dite délit d'abus de faiblesse, sanctionne les comportements visant à profiter d'un état de vulnérabilité préexistant. Il s'agira, par exemple, d'une personne âgée sur la voie de la sénilité qui, victime d'un représentant de commerce peu scrupuleux, souscrita à des achats inutiles à des prix prohibitifs. La seconde infraction a été introduite par la loi About-Picard de 2001 sur les sectes⁴⁴ qui, en modifiant la rédaction du texte préexistant, a créé un nouveau délit réprimant les comportements consistant à créer la faiblesse psychologique d'un individu afin d'en profiter. Il s'agit d'user sur la victime de « techniques propres à altérer [le] jugement » ou de « pressions graves ou réitérées » de nature à la placer dans un « état de sujétion psychologique » afin de la conduire à un « acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ». La répression de ce délit, également appelé infraction de manipulation mentale préjudiciable, nécessite donc la réunion de trois éléments :

- la mise en œuvre de « techniques » ou « pressions » altérant le jugement de la victime ;
- l'existence d'un « état de sujétion psychologique » découlant de ces techniques ou pressions ;
- l'accomplissement par la victime, du fait de cet état de sujétion psychologique, d'un acte ou d'une abstention « gravement préjudiciable » à ses intérêts.

Les motivations du législateur, en créant cette infraction, participent de l'idée que les incriminations sanctionnant traditionnellement les actes dommageables pour les personnes seraient largement inopérantes au sein des sectes.

Par exemple, l'escroquerie nécessitant la preuve d'une manœuvre frauduleuse, il faudrait démontrer le caractère mensonger d'une prédiction religieuse sur la foi de laquelle une remise de fonds au gourou a été accomplie⁴⁵. D'autres incriminations seraient tout simplement inefficaces pour cette raison que les faits sont généralement consentis par les adeptes. Ainsi, des actes sexuels, des comportements de claustration ou des transferts de fonds depuis les comptes d'une personne auxquels celle-ci affirme consentir ne peuvent être qualifiés respectivement d'agression sexuelle, de séquestration ou d'extorsion. Le problème résiderait donc en ce que, selon le législateur, le « consentement du sectateur [serait] le fruit d'une manipulation mentale qui illusionne l'adepte lui-même sur la liberté réelle de ses choix, et le place indépendamment de sa volonté sous la sujétion du groupe coercitif »⁴⁶. Le Parlement s'est alors porté sur l'option de s'émanciper des discussions relatives au consentement pour incriminer, en amont, les comportements visant à altérer la matrice de la capacité délibérative qu'est la constitution mentale de l'individu à l'intérieur de laquelle le processus volitif se fabrique⁴⁷. En somme, il ne s'agirait pas de réprimer en se fondant sur un vice du consentement mais sur un *vice de la volonté*. Ce faisant, ce texte suscite bien des observations.

D'abord, il questionne, à l'instar des infractions réprimant les harcèlements, les ressorts rédactionnels sur lesquels il s'appuie au regard du principe de légalité criminelle. En effet, diverses notions méritent des réserves, à l'exemple de celle d'état de sujétion psychologique qui, alors même qu'elle constitue l'élément pivot de l'infraction, est décrite par certains comme « dénuée de tout sens discernable »⁴⁸. Il s'agit, comme l'explique un auteur, d'une notion pour laquelle « le législateur abandonne délibérément un système de règles aux contours trop arrêtés, pour une règle flexible et délègue au juge l'office de définir *in casu* les comportements ressortissant [à une telle catégorie] »⁴⁹. Au-delà, on admettra surtout que caractériser cet état implique de pénétrer les tréfonds de l'intériorité psychique de l'individu et d'évaluer, au travers de grilles de lecture juridiques, la qualité du libre arbitre de celui-ci. Sur ce point, les commentateurs se montrent assez critiques, le risque étant notamment que le juge ou l'expert mandaté par lui s'aveuglent de leurs propres présupposés vis-à-vis du fait religieux puisqu'il est, en réalité, à peu près impossible de déterminer avec certitude la nature exacte de la constitution psychique d'un individu⁵⁰.

43. En ce sens, voir F. Bellivier, « Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 682.

44. Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Voir A. Dorsner-Dolivet, « Loi sur les sectes », *Dalloz*, 2002, Chron., p. 1086 ; F. Pansier, C. Charbonneau, « La loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales », *Les petites affiches*, n° 125, 2001, p. 7-13 ; E. Putman, « Présentation de la loi contre les sectes », *Revue juridique personnes et familles*, 2001, p. 10 ; *Revue de science criminelle*, 2001, p. 840 et 852, chron. législative J.-F. Seuvic.

45. Voir G. X. Bourin, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, Paris, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2005, p. 51.

46. *Ibid.*, p. 48.

47. Voir F. Bellivier, « Loi n° 2001-504... », p. 685.

48. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2011, n° 298, p. 349.

49. G. X. Bourin, *Contribution à l'étude...*, p. 158.

50. *Ibid.*, p. 246.

Ensuite, comme l'exprime le sociologue Arnaud Esquerre, « cette notion inédite, la sujétion psychologique, pose la question de savoir ce qu'est la liberté d'un sujet »⁵¹. On peut s'interroger, en effet, sur ce qui fonderait axiologiquement le fait que, dans un état de droit reposant largement sur l'axiome du respect de la volonté individuelle, l'autorité publique pénalise l'exercice de la liberté d'user de son patrimoine, de son corps... au nom de l'atteinte à la liberté du psychisme de cet individu. Pour légitimer cette intervention, le législateur avait présumé que l'exercice de sa liberté par l'individu serait falsifié car circonvenu par un processus de manipulation. En somme, la loi postule l'existence d'une « vraie » manière de construire son consentement, intègre et inaltérée et pour ces raisons respectée par le droit, qu'elle oppose à une forme de consentement avilie par l'intervention d'un tiers et donc susceptible de justifier condamnation. Sans entrer dans tous les présupposés liés à ce débat, on formulera quelques remarques.

La première revient à poser notamment l'idée qu'un grand nombre de relations entre individus participe d'une forme de manipulation du psychisme d'autrui (rapports de travail, relations commerciales, stratégies de communication...). Ainsi, lorsqu'un vendeur produit, dans le cadre d'une campagne de communication, un énoncé publicitaire séducteur quoique déformant la réalité (le « *bonus dolus* » du droit civil), n'est-on pas déjà dans une forme de manipulation mentale⁵²? Le sociologue Arnaud Esquerre pose ainsi la question : « Qu'est-ce qui distingue un consentement fabriqué d'un consentement non fabriqué par quelqu'un d'autre ? »⁵³, considérant implicitement qu'aucun critère objectivement discriminant ne le permet. Cet auteur estime, par suite, que la répression de l'infraction de manipulation mentale participe surtout de l'expression d'un conflit de légitimités quant à la soumission à des discours, des pratiques et des systèmes acceptables (la famille, le système productif et de consommation, les religions « officielles », etc.) car validés socialement – implicitement ou explicitement – et la soumission à certaines doctrines religieuses ou philosophiques réprouvées car ne bénéficiant pas de l'onction de l'opinion socialement majoritaire.

La deuxième remarque est que, en traçant ainsi une frontière entre une « bonne » et une « mauvaise » manière de vouloir, l'article 223-15-2 du Code pénal tend à objectiver ce qui est subjectif par nature. On y perçoit, en effet, l'émergence d'une zone dans laquelle la sphère intérieure – les déterminants psychiques de chaque individu – et la

sphère externe – la loi comme énoncé prescriptif général – se mêlent en favorisant l'émergence d'un modèle d'individu qui serait par nature rationnel, autonome et unifié. En effet, la loi dessine en creux un standard selon lequel l'individu serait par nature doté d'une constitution mentale intègre et capable d'une décision rationnelle. Cet état normal de l'individu serait perturbé par des techniques mises en œuvre par un tiers, acte qui justifierait alors la répression. Or, ce schéma simpliste est à questionner. On prendra l'exemple intéressant d'une décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence de 2009⁵⁴. Un homme avait, durant deux ans et demi, assouvi des fantasmes proxénètes et sadiques assez extrêmes sur une jeune femme. Bien que la juridiction ait manifesté l'existence d'une « véritable sujétion psychologique » ayant contribué au consentement de cette personne à cette relation perverse, la relaxe fut prononcée parce qu'il n'avait pas été possible de démontrer que l'homme ait provoqué cette sujétion en usant de « techniques » ou de « pressions ». En effet, les motifs de la décision font valoir que la jeune femme, du fait de la constitution psychique héritée des événements de son enfance, s'inscrivait dans un rapport de dépendance nécessaire à autrui⁵⁵. En d'autres termes, la division du sujet que postulait Freud incite à penser qu'une personne peut fort bien être l'auteur de sa propre sujétion. Peut-être que, en effet, la personne ne voudrait pas vraiment les actes qui lui sont imposés par l'autorité à laquelle elle est soumise mais, apparemment, elle veut bien la soumission à l'autorité qui lui impose ces actes. Dès lors, comment faire le départ entre la sujétion provoquée et la tension vers l'auto-sujétion propre à un individu ? Qui est le véritable auteur de la manipulation mentale : l'auteur des techniques de manipulation ou l'inconscient de la victime ? Comment démontrer la causalité entre la mise en œuvre de techniques et l'état de sujétion psychologique puisqu'il apparaît que le second peut apparaître en l'absence même des premières, alors même que certaines juridictions ont clairement souligné que la condamnation nécessite de démontrer que la sujétion a bien été causée par les techniques⁵⁶ ?

La troisième remarque est que le choix de recourir à la question du levier psychique est sans doute significatif de l'émergence de la vulgate « psy ». Arnaud Esquerre écrit à ce propos :

La politique menée par l'État pour combattre les « sectes » s'est placée sur le terrain de la vie psychique. Elle aurait pu choisir une autre voie. C'est sans doute que cette politique s'inscrit dans un mouvement plus large. L'État a entrepris d'exercer un contrôle sur le psychisme des êtres et crée par le

51. A. Esquerre, *La manipulation mentale. Sociologie des sectes en France*, Paris, Fayard, 2009, p. 49.

52. Voir les débats au Sénat lors de la 2^e lecture de la proposition de loi créant le délit d'abus de sujétion psychologique, notamment les interventions de M. le sénateur M. Caldaguès (compte rendu des débats, Sénat, 3 mai 2011).

53. A. Esquerre, *La manipulation mentale...*, p. 347.

54. CA Aix-en-Provence, 13^e ch., 12 janvier 2009, *Juris-Data*, n° 2009-002710.

55. En témoigne sa déclaration lors de l'une de ses auditions : « je suis totalement dépassée par les événements, et je ne sais pas du tout comment m'en sortir. Il a une emprise tellement forte sur moi que j'en ai peur. J'ai à la fois peur de le perdre et à la fois peur de ne plus le revoir, c'est un paradoxe inexplicable. C'est mon maître. Il est vrai que lorsque je le quittais j'étais pressée de rentrer chez moi et de me laver car j'estimais être souillée, mais une fois cela fait, j'étais pressée qu'il me rappelle ».

56. CA Toulouse, 4 janvier 2005, *Revue de science criminelle*, 2005, p. 306, obs. Y. Mayaud.

droit la possibilité d'y parvenir. Ce contrôle s'étend à tous les comportements de l'être humain, jusqu'à ses plus intimes, se déployant du monde du travail (par la condamnation du harcèlement moral notamment) à la sexualité⁵⁷.

Le propos est peut-être excessif en la forme comme au fond mais il interpelle quant aux tendances qu'il met en lumière. En effet, cette aventureuse descente dans les profondeurs du psychisme de l'individu, pour louable qu'elle soit sur le principe en ce qu'elle vise à mieux le protéger (son équilibre mental, sa tranquillité nerveuse, son *imago*, etc.), n'est pas sans susciter des interrogations en ce qu'elle marque un tournant dans le projet initial de la pénalité moderne. Si l'on considère que, comme le prévoit l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société », il faut en déduire que l'économie psychique de chaque personne est, à présent, l'affaire de la loi et donc de l'autorité publique. L'affirmation traditionnelle en droit selon laquelle « le juriste, en ce qui le concerne, n'a pas accès au monde de la vie intérieure dès l'instant que la norme juridique est une règle de contrainte sociale, donc extérieure »⁵⁸ est inévitablement à remettre sur le métier⁵⁹.

Par suite, comme l'explique Florence Bellivier, de ce type d'évolution juridique résulte forcément :

[...] un retournement paradoxal, déjà constaté à maintes reprises en ce qui concerne la protection des corps : pour protéger, il faut isoler et, par conséquent, réifier, en tout cas « substantialiser » l'objet de la protection, avec les risques de réductionnisme et d'interventionnisme que cela comporte⁶⁰.

On tirera exemple de l'arrêt de la cour d'appel de Rennes du 20 novembre 2008 dans l'affaire de la secte dite « Néo-phare ». La cour d'appel avait, pour entrer en voie de condamnation contre le gourou de ce mouvement spirituel, retenu l'existence de diverses techniques de manipulation ayant amené des adeptes à commettre ou laisser commettre sur eux-mêmes des actes divers (démissions professionnelles, privations alimentaires, claustrations...). Au titre de ces actes « gravement préjudiciables » nécessaires à la répression avait été retenu que certains adeptes avaient rompu leurs attaches familiales. L'autorité judiciaire consacre ainsi le fait qu'il est nécessaire, pour un individu, d'entretenir des relations avec sa famille et que l'inciter à rompre avec elle serait nécessairement « gravement préjudiciable » à son équilibre affectif. Entendons-nous bien : nous n'interrogeons pas le fait que cela ait été vrai ou faux en l'espèce. En revanche, le raisonnement judiciaire, au travers du risque de généralisation qu'il charrie inévitablement, ne s'aventure-t-il pas ainsi sur un terrain qui n'est pas le sien ? En d'autres termes, sans doute est-ce vrai parfois, mais pas en toute situation : il est des

familles dysfonctionnelles dont l'individu peut avoir parfois intérêt à s'éloigner (c'est d'ailleurs l'autorité judiciaire qui, pour les mineurs, se charge d'en décider). À consacrer judiciairement l'affirmation qu'une telle rupture n'aurait pas dû avoir lieu et en tirer des conséquences répressives, le risque est effectivement que le juge se fasse, un jour, le censeur de toutes les relations et ruptures affectives d'individus majeurs et juridiquement capables.

Ainsi, en protégeant la constitution psychique à laquelle des comportements infractionnels sont susceptibles de porter atteinte, le droit pénal fige ou au moins fixe une « normalité » de la santé mentale. Il s'inscrit alors délibérément dans une fonction de définition de la « bonne » individualité qui, si elle a toujours été peu ou prou celle du droit pénal, s'approfondit notablement en légiférant non plus sur le comportement matériel extérieur mais aussi sur le for interne. Cette évolution converge avec un autre versant du droit pénal dans lequel tend à s'introduire une dimension répressive d'une constitution mentale défaillante.

II. La protection pénale de la société contre les risques générés par la santé mentale

Le fait de souffrir d'un état de santé mentale défaillant n'est pas en soi un comportement constitutif d'une infraction pénale et consacrer l'inverse semblerait scandaleux. Néanmoins, il s'observe clairement un phénomène par lequel, de manière croissante, de la santé mentale d'un individu auteur d'un comportement constitutif d'un trouble à l'ordre public s'infèrent des conséquences juridiques relevant du champ pénal. En d'autres termes, celui-ci offre une place bien plus significative que par le passé aux déterminants psychiques du passage à l'acte en alternant, selon le contexte, entre diverses tendances consistant à obliger l'auteur de l'infraction à soigner ces déterminants psychiques (A) et même, dans une certaine mesure, à pénaliser le trouble mental lui-même (B).

A. Soigner l'infraction par le droit pénal

On constate, depuis la fin des années 1990, un développement constant des soins juridiquement obligés en droit pénal (1) qui incite à se demander dans quelle mesure n'est pas ainsi consacrée une forme d'assimilation entre l'infraction et la maladie mentale (2).

1. Le développement des soins pénalement obligés

Le principe des soins obligés en droit pénal n'est pas nouveau en droit français. Ainsi, la mesure dite d'obligation

57. A. Esquerre, *La manipulation mentale...*, p. 59.

58. J. Robert, J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^e éd., Paris, Montchrestien-Lextenso, 2009, p. 12.

59. En ce sens, voir G. Aïdan, *Le fait psychique...*

60. F. Bellivier, « Loi n° 2001-504... », p. 687.

de soins avait été créée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 parmi les mesures que le juge peut inclure dans les charges imposées à une personne condamnée au titre d'un sursis avec mise à l'épreuve (art. 132-45 du Code pénal)⁶¹. La nouveauté réside, en revanche, dans le développement sans précédent de ces dispositifs de soins obligés⁶². On songe notamment à l'apparition de l'injonction de soins créée par la loi du 17 juin 1998⁶³. L'injonction de soins, plus contraignante que l'obligation de soins, oblige le condamné à un traitement dont le suivi est contrôlé par un médecin coordonnateur qui en rend compte à l'autorité judiciaire.

Depuis sa création, le recours à l'injonction de soins a été notablement favorisé et élargi. D'abord, bien qu'initialement instituée pour les auteurs d'infractions sexuelles et pour les homicides volontaires accompagnés de viols, tortures ou actes de barbarie, l'injonction de soins a été étendue à un large spectre de comportements infractionnels⁶⁴. Ainsi, elle peut intervenir, à présent, pour toutes les atteintes volontaires à la vie. Ensuite, depuis une loi du 10 août 2007, lorsque l'infraction a donné lieu à condamnation au suivi socio-judiciaire, l'injonction de soins en constitue un accessoire quasi-automatique si l'expertise médicale estime que la personne est accessible à un traitement (art. 131-36-4 du Code pénal)⁶⁵. Enfin, les situations dans lesquelles l'injonction de soins peut intervenir ont été multipliées. Elle avait été créée initialement comme un des accessoires possibles de la condamnation à un suivi socio-judiciaire (art. 131-36-1 *sq.* du Code pénal) mais elle peut intervenir aussi à présent dans divers autres contextes processuels. Ainsi, elle accompagne une mesure de libération conditionnelle décidée par la juridiction d'application des peines (art. 731-1 CPP). La juridiction régionale de la rétention de sûreté peut également l'imposer au titre de la surveillance judiciaire (art. 723-30 CPP) ou de la surveillance de sûreté (art. 706-53-19 CPP). L'injonction de soins, au contraire de l'obligation de soins qui a surtout pour objectif de venir en aide au condamné en l'incitant à se soigner, est une pure mesure de sûreté car son but est principalement de prévenir la récidive. Ceci est conforté par la loi du 10 mars 2010 qui a institué la possibilité de permettre au médecin traitant d'imposer la prise d'un « traitement inhibiteur de la libido » (castration chimique) au condamné⁶⁶. Le refus par la personne de suivre ce traitement est considéré

comme un manquement aux obligations résultant de cette injonction de soins et pourra donner lieu aux mesures privatives de libertés applicables au contexte dans lequel elle a été imposée (révocation de la libération conditionnelle, placement en rétention de sûreté...).

L'injonction de soins, parangon des soins juridiquement obligés, soulève une série de questionnements théoriques, éthiques et pratiques : efficacité des soins psychiques en l'absence de libre consentement du malade⁶⁷, conciliation de l'éthique médicale et de la logique de contrôle propre aux mesures de sûreté⁶⁸, circulation de l'information entre ses acteurs... Mais l'idée même de soins obligés révèle la porosité des logiques du judiciaire et du médical. Toutes deux puisent aux mêmes sources de la civilisation chrétienne d'ancien régime pour qui « le crime comme la maladie renvoient fréquemment au péché, donc à la faute et au mal »⁶⁹. Malgré l'effacement de l'arrière-plan métaphysique opéré par la modernité,

[...] derrière la face visible des rationalités médico-juridiques, il y a la figure insistante et insaisissable du crime comme acte de déraison et les transpositions qu'elle autorise de la folie criminelle à la folie du crime⁷⁰.

2. L'infraction pénale est-elle une maladie ?

Associer aussi étroitement le crime et le traitement psychiatrique conduit à réinterroger l'hypothèse selon laquelle notre système répressif contemporain réhabiliterait cette hypothèse ancienne selon laquelle il faudrait chercher une consubstantialité entre l'infraction pénale et la perturbation mentale. En d'autres termes, le crime – ou au moins certaines formes de criminalité – révélerait nécessairement chez son auteur une perturbation psychique qu'une coopération entre le judiciaire et le médical aurait naturellement vocation à prendre en charge. Cette pathologisation du crime ne constitue pas une rupture dans les schèmes du droit pénal en ce qu'elle s'inscrit, sinon dans une continuité, au moins dans un approfondissement de mouvements ayant par le passé travaillé la matière répressive⁷¹. Ainsi, elle avait déjà été exploitée, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, par les courants de l'anthropologie criminelle positiviste⁷². Ces antécédents permettent de comprendre que :

61. L'obligation de soin a été étendue depuis 1958 à une large variété de situations : semi-liberté, libération conditionnelle, contrôle judiciaire, ajournement du prononcé de la peine avec mise à l'épreuve.

62. Voir D. Maillard-Desgrées du Loû, « Les soins obligatoires », *Revue générale de droit médical*, n° 11, 2003, p. 25-39.

63. Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

64. Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, art. 23 et art. 24 ; loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, art. 33.

65. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, art. 7.

66. Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, art. 10.

67. Voir M.-G. Schweitzer, « Soins obligés : entre demande et adhésion », in *Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente* (actes du XXXIII^e congrès français de criminologie), Paris, Dalloz, 2002, p. 61-67.

68. Voir P. Cosyns, « Éthique médicale des soins contraints des abuseurs sexuels », in *Les soins obligés...*, p. 85-92.

69. M. Renneville, « Obsessions. Indices historiques pour une généalogie des soins obligés », in *Les soins obligés...*, p. 13.

70. *Ibid.*

71. Voir M. Foucault, *Les anormaux : cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Gallimard – Seuil (Hautes études), 1999, p. 110 *sq.* Adde M. Foucault, « L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale du XIX^e siècle » [1978], in *Dits et écrits*, D. Defert, F. Ewald (éd.), Paris, Gallimard, 1994, t. III : 1976-1979, p. 448 *sq.*

72. Voir M. Renneville, *La médecine du crime. Essai sur l'émergence d'un regard médical sur la criminalité en France, 1785-1885*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997.

[...] la logique juridico-médicale qui s'esquisse actuellement autour des soins obligés n'a pas tant à voir le jour qu'à s'actualiser, car ses conditions de possibilités se sont mises en place en même temps que les institutions de nos sociétés dites contemporaines⁷³.

La collaboration entre psychiatrie et justice pénale n'est donc pas contre nature car, si leurs modes d'action divergent, leurs finalités respectives ne sont pas exclusives l'une de l'autre puisque réside en chacune d'elle une entreprise de réforme de l'individu⁷⁴. Ainsi, les soins pénalement obligés viseraient à réamorcer par des biais médicaux la fonction d'amendement et de transformation de l'individu que l'on assigne habituellement à la sanction pénale et que ses formes traditionnelles comme la prison ne parviennent plus à remplir.

Cette rénovation de l'économie des rapports entre justice pénale et psychiatrie s'est nourrie, depuis la fin XX^e siècle, d'un retour en force dans le donné législatif d'une volonté de sévérité pénale imprégnée d'une pensée focalisée sur la notion de dangerosité⁷⁵. Héritière de l'anthropologie criminelle du XIX^e siècle, elle peut être qualifiée de « néo-positivisme »⁷⁶. Réactualisé par une approche probabiliste en raison de la centralité conférée au thème du risque de récidive⁷⁷, ce positivisme tend à générer une objectivation des dimensions mentales de l'individu impliqué dans le processus de répression pénale. Ainsi, dans l'expertise judiciaire psychiatrique, la vision freudienne d'un sujet souffrant de conflits psychiques hérités d'une histoire, d'expériences et d'un environnement social et familial propres cède progressivement le pas à celle d'un individu conçu comme un pur cas diagnostic référé à une nosographie essentiellement issue des catalogues internationaux des troubles mentaux et du comportement (le *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, DSM, ou la Classification internationale des maladies, CIM) et porteur d'une potentialité statistique de passage à l'acte.

Par contrepoint, on observera que ce n'est plus seulement le droit qui regarde ainsi vers la psychiatrie mais aussi la psychiatrie qui regarde vers le droit. En effet, les mêmes catalogues des troubles mentaux se sont enrichis, à compter de la fin du XX^e siècle, d'entités nosographiques dont le contenu puise dans un registre épistémologique que l'on décrirait plus volontiers comme celui du juriste que du médecin. On fait ici référence, notamment, à dif-

férents troubles mentaux recensés dans ces catalogues, à l'exemple du trouble de la personnalité antisociale⁷⁸ ou du trouble des conduites chez l'enfant ou l'adolescent⁷⁹. La définition que donne le DSM de ce dernier est : « Ensemble de conduites, répétitives et persistantes, dans lequel sont bafoués les droits fondamentaux d'autrui ou les normes et règles sociales correspondant à l'âge du sujet [...] ». Celle de la CIM est :

Troubles caractérisés par un ensemble de conduites dys-sociales, agressives ou provocatrices, répétitives et persistantes, dans lesquelles sont bafouées les règles sociales correspondant à l'âge de l'enfant. [...] Le diagnostic repose sur la présence de conduites du type suivant : manifestations excessives de bagarres et de tyrannie, cruauté envers des personnes ou des animaux, destruction des biens d'autrui, conduites incendiaires, vols, mensonges répétés, école buissonnière et fugues, crises de colère et désobéissance anormalement fréquentes et graves.

Une telle entité nosographique surprend quant au registre des critères qu'elle emploie. En effet, sa substance réside dans la violation des « normes et règles sociales », parmi lesquelles les concepts relevant du champ juridique tiennent une place prépondérante : atteinte aux « droits fondamentaux d'autrui », « destruction des biens d'autrui », « vols », etc. Michel Foucault affirmait que l'une des premières fonctions que la psychiatrie naissante, durant la première moitié du XIX^e siècle, s'était donnée pour asseoir sa position et fonder son autorité en tant que discipline avait été, dans le cadre de l'expertise judiciaire, de procéder à un codage médical du danger social afin de rendre intelligible, au travers de la rationalité médicale, des comportements criminels aberrants et incompréhensibles pour l'autorité judiciaire⁸⁰. Par un renversement surprenant, il apparaît que c'est la médecine qui, à présent, s'appuie sur la rationalité juridique pour construire le codage psychiatrique. Bien des interrogations surgissent alors. Les premières tournent autour des fondements épistémologiques de la psychiatrie contemporaine : dans quelle mesure une norme médicale dont le contenu s'appuie aussi largement sur la norme socio-juridique peut-elle être considérée comme relevant des sciences dites « exactes » ? Les secondes sont sociales et politiques et par là touchent au champ juridique. En effet, le jugement scientifique qui mettrait en œuvre un tel diagnostic ne dissimulerait-il pas un jugement de valeur prescriptif sur la société

73. M. Renneville, « Obsessions... », p. 13.

74. D. Salas, « Pourquoi punir ? », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, 2001/2, *Faut-il juger et punir les malades mentaux criminels ?*, p. 6-9.

75. Voir M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal*, vol. V, 2008, revue en ligne : <http://champpenal.revues.org>.

76. Voir A. Giudicelli, « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit post-moderne », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2007, p. 773-788. Adde J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, vol. V, 2008.

77. Voir F. Digneffe, « Généalogie du concept de dangerosité », in *Folie et justice...*, p. 139-157 (spéc. p. 153). Voir également C. Saas, J. Danet, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *Revue de science criminelle*, 2007, p. 779-795 ; M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, p. 92 sq.

78. Codé F. 60.2 dans la CIM 10 et 301.7 dans le DSM IV.

79. Voir A. Ehrenberg, « Malaise dans l'évaluation de la santé mentale », *Esprit*, mai 2006, p. 89-102 ; O. Moyano, « Le trouble des conduites : une médicalisation de la délinquance ? », *Les cahiers dynamiques*, n° 36, 2005/4, p. 4-7.

80. M. Foucault, *Les anormaux...*, p. 110 sq. Il s'agit notamment du diagnostic de la monomanie homicide par lequel la psychiatrie caractérisait les crimes les plus affreux (infanticides notamment) commis sans aucun motif apparent.

dans laquelle apparaît une telle entité nosographique ? En d'autres termes, on ne peut ignorer le contenu politique que sous-tend une norme psychiatrique qui postule que, par exemple, le non-respect de la propriété individuelle est un signe avancé de pathologie mentale.

Plus globalement, l'existence de ces entités, couplée au développement croissant des procédés judiciaires de distribution de soins psychiatriques, montre que l'on s'oriente de plus en plus clairement vers une fusion de la norme légale et de la norme psychiatrique : dans la mesure où le non-respect de la norme légale caractérise le trouble mental, toute personne enfreignant la norme légale tend à être considérée comme atteinte d'un trouble mental. On s'approche ainsi du paroxysme de cette évolution que Michel Foucault avait analysée dès les années 1970 lorsqu'il annonçait l'avènement d'un système dans lequel l'acte infractionnel tendrait à recevoir une double qualification juridique et psychiatrique et à faire l'objet d'une double prise en charge par le champ médical et judiciaire⁸¹ aboutissant à « une coproduction des régulations en matière de lutte contre la délinquance »⁸². Or, le risque inhérent à ce phénomène, au-delà des possibles dangers pour les libertés publiques du fait du modèle anthropologique d'inspiration biologique et déterministe qui sous-tend de telles catégories psychiatriques⁸³, réside dans la constitution d'un nouveau champ que Foucault décrivait comme intermédiaire entre le judiciaire et le médical mais également autonome vis-à-vis d'eux. Foucault écrivait :

Ces techniques de normalisation et les pouvoirs de normalisation qui y sont liés [...] ne sont pas simplement l'effet de la rencontre, de la composition, du branchement l'un sur l'autre du savoir médical et du pouvoir judiciaire mais en fait, à travers toute la société moderne, c'est un certain type de pouvoir – ni médical, ni judiciaire mais autre – qui est arrivé à coloniser et à refouler et le savoir médical et le pouvoir judiciaire ; un type de pouvoir qui finalement débouche sur la scène du tribunal en prenant appui, bien sûr, sur l'institution judiciaire et sur l'institution médicale, mais qui, en lui-même, a son autonomie et ses règles⁸⁴.

En somme, dans cet espace intermédiaire en plein développement, le juge n'est plus tout à fait juriste et le psychiatre n'est plus tout à fait médecin et l'on se demande combien de temps encore les actes de « juger » et de « punir » y demeureront formellement distincts des actes de « diagnostiquer » et de « soigner ».

B. Punir la maladie par le droit pénal

Au-delà de ce développement constant de l'assimilation de la maladie et de l'infraction pénale, on observe dans le droit pénal contemporain un brouillage des séparations traditionnelles entre le « dément » et l'homme sain dans les mécanismes applicables à la responsabilité pénale. D'une part, l'article 122-1 du Code pénal relatif à la responsabilité pénale de la personne atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique fait de moins en moins obstacle à la mise en œuvre d'une logique pénale sinon répressive (1). D'autre part, la création de la rétention de sûreté, en 2008, est symptomatique d'une tendance à la totale assimilation du trouble mental et du risque d'infraction que le droit pénal tend à vouloir prendre en charge en dehors même de la responsabilité pénale (2).

1. Le trouble psychique ou neuropsychique face à la responsabilité pénale

Le constat à dresser à l'heure actuelle est manifestement celui d'une pénalisation croissante du trouble psychique⁸⁵. Celui-ci ne s'évince pas nécessairement des statistiques sur les cas judiciairement reconnus d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental⁸⁶, mais plutôt des études épidémiologiques sur la population carcérale⁸⁷ et du cadre technique dans lequel le droit insère la prise en compte de la dimension psychique de la commission d'une infraction. Sur ce dernier point, l'article 64 ancien du Code pénal posait pour principe qu'« il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ». Le principe traditionnellement posé par le droit français, remontant au droit romain, est donc celui de l'irresponsabilité de celui que l'ancien Code pénal appelait le « dément ». Le Code pénal de 1994 a repris ce principe en son article 122-1, alinéa 1 en décrivant à présent cette personne comme atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits. À cette première règle, la pratique judiciaire a adjoint, au fil du temps, « l'idée que, faute d'un état de démence abolissant la responsabilité pénale, la maladie mentale devait emporter une atténuation de responsabilité qui, globalement, était pensée comme devant aboutir à

81. M. Foucault, *Les anormaux...*, p. 30.

82. V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *L'actualité juridique. Droit pénal*, 2009, p. 54-57.

83. Pour un regard critique, voir R. Gori, M.-J. Del Volgo, *Exilés de l'intime. La médecine et la psychiatrie au service du nouvel ordre économique*, Paris, Denoël, 2008 ; M. Corcos, *L'homme selon le DSM. Le nouvel ordre psychiatrique*, Paris, A. Michel, 2011, spéc. p. 131 sq.

84. M. Foucault, *Les anormaux...*, p. 24.

85. Voir le rapport des sénateurs P. Goujon, C. Gautier, *Rapport d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses*, 22 juin 2006, Sénat, document n° 420 ; A. Giudicelli, « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux... » ; J.-L. Senon, C. Manzanera, « Psychiatrie et justice pénale : à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir », *L'actualité juridique. Droit pénal*, 2005, p. 353-357.

86. Certains parlent d'une baisse légère (D. Zagury, « La justice est-elle thérapeutique ? », *Justice*, n° 188, juillet 2006, p. 30-33) ou importante (M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté...*, p. 49 ; P. Goujon, C. Gautier, *Rapport d'information...*, p. 21), d'autres de stabilité (J.-L. Senon, C. Manzanera, « Psychiatrie et justice pénale... »).

87. Voir J.-L. Senon, C. Manzanera, « Psychiatrie et justice pénale... ».

une atténuation de la peine»⁸⁸. Cette règle, initialement non écrite, avait été transcrite dans le Code pénal de 1994 à l'article 122-1, alinéa 2⁸⁹.

Concernant la règle énoncée à l'alinéa 1, on relèvera surtout les mutations récentes de la procédure relative à l'irresponsabilité pénale pour cause d'abolition du discernement. Ainsi, l'ordonnance de non-lieu par le juge d'instruction et l'acquittement ou la relaxe par la juridiction de jugement ont été remplacés, aux termes de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, par une « décision d'irresponsabilité pour cause de trouble mental » qui doit « précise[r] qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés »⁹⁰. La loi prévoit que, si le ministère public ou l'une des parties (et notamment les parties civiles) le souhaitent, la question de l'irresponsabilité pénale de l'auteur des faits devra faire l'objet d'un débat contradictoire. En outre, la personne déclarée irresponsable peut faire l'objet de mesures de sûreté visant à empêcher la récidive (art. 706-136 CPP) : interdiction de fréquenter certains lieux, personnes, catégories de personnes (les mineurs notamment), interdiction de détenir une arme, interdiction de repasser le permis de conduire... Enfin, la juridiction peut maintenant prononcer une décision judiciaire d'admission en soins psychiatriques sans consentement (art. 706-135 CPP) dont le régime juridique est calqué sur celui de l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État des articles L. 3213-1 et suivants du Code de la santé publique. En d'autres termes, même si le dément n'est pas encore formellement susceptible de recevoir une « peine », il n'est plus totalement exclu du champ pénal. En effet, puisqu'il est clairement perçu comme une personne d'autant plus dangereuse qu'il ne maîtrise pas les pensées, pulsions et affects qui pourraient le faire passer à l'acte, il est destinataire de ces sanctions pénales spécifiques que sont les mesures de sûreté visant à contrôler cet état dangereux.

L'étape suivante, si cette évolution se poursuivait, serait que le dément puisse faire l'objet d'un procès aboutissant à une véritable déclaration de culpabilité qui serait éventuellement contrebalancée par un mécanisme d'exemption de peine du fait de l'existence du trouble mental. Mais celle-ci s'accompagnerait probablement

du prononcé de mesures de sûreté toujours plus contraignantes. Ces mutations s'alimentent de divers carburants. Le premier tourne autour de ce que les victimes auraient besoin d'une reconnaissance publique et judiciaire de ce qu'une infraction a été commise sur eux ou leurs proches. Un procès et une condamnation faciliteraient ainsi la purge de l'engramme traumatique en aidant, par exemple, la famille du défunt à « faire son deuil »⁹¹. De manière plus surprenante, cette tension vers une pénalisation du crime commis sous l'empire d'un trouble psychique se fonde aussi sur un discours attribuant des vertus à la mise en œuvre du processus pénal pour l'auteur des faits. Celui-ci se résume en trois arguments⁹² :

- le procès « responsabilisation » : le procès responsabiliserait les individus atteints de certains troubles psychiques et constituerait ainsi un élément de thérapie ;
- le procès « intégration » : le procès, en resituant l'individu au cœur d'un ensemble symbolique, « permettrait d'affirmer l'humanité de celui qui a transgressé la norme, son appartenance à la communauté humaine puisqu'il est digne d'être jugé »⁹³ ;
- le procès « restauration » : « Il s'agirait, par le procès, de restaurer, de rétablir le lien social rompu par le crime, entre l'auteur de l'acte et la victime »⁹⁴.

Cette idée d'un caractère thérapeutique du procès demeure contestée, au moins en tant qu'elle serait posée comme généralité⁹⁵. Elle s'inscrit dans le cadre d'un courant de pensée influencé par les travaux du psychanalyste et juriste Pierre Legendre attribuant aux institutions juridiques un rôle dans la structuration de la psyché humaine⁹⁶. Quelle que soit la validité de ces thèses, on assiste incontestablement à l'apparition d'une croyance anthropologique en l'existence d'une « justice reconstructive »⁹⁷ qui implique que la mission assignée au processus répressif n'est plus tant de se focaliser sur la dimension éthico-juridique de la faute pénale que sur la psyché et les affects des divers acteurs du procès afin de les réintroduire dans la normalité.

Concernant l'alinéa 2 de l'article 122-1 du Code pénal, on a observé que, en même temps que se renforçait l'actualité du thème de la dangerosité dans la politique et la pratique pénales, « la force du syllogisme du libre

88. J. Danet, « Droits de la défense et savoirs sur le crime », in *Folie et justice...*, p. 69.

89. Sur ces dispositifs, voir la contribution de Philippe Salvage dans le présent numéro.

90. Art. 706-119 sq. CPP issus de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

91. M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté...*, p. 50.

92. Sur ces arguments, voir A. Giudicelli, « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux... ».

93. *Ibid.*, p. 776.

94. *Ibid.*

95. Voir D. Zagury, « La justice est-elle thérapeutique ? ».

96. Voir par exemple P. Legendre, *Leçons VIII. Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Paris, Fayard, 1989. Pour des points de vue critiques, voir M. Iacub, « L'esprit des peines : la prétendue fonction symbolique de la loi et les transformations réelles du droit pénal en matière sexuelle », *L'Unebvue*, n° 20, 2002, p. 9-28 ; D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 47-69 ; F. Chaumon, *Lacan. La loi, le sujet et la jouissance*, Paris, Michalon, 2004.

97. Voir A. Garapon, F. Gros, T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, O. Jacob, 2001, p. 247 sq. ; F. Casorla, « La justice pénale à l'épreuve du concept de "Restorative justice" », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2000, p. 31-38 ; D. Zagury, « La justice est-elle thérapeutique ? ».

arbitre – c'est-à-dire l'atténuation de peine corrélative à une atténuation de responsabilité liée à un trouble mental – se délitait »⁹⁸. En effet, ce texte prévoit que :

La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime.

Or, par ce texte datant de 1992,

[...] le juge constatait que le législateur lui confiait la tâche, une fois le principe de la responsabilité posé, d'adapter la peine à une circonstance d'un trouble mental. Et que rien ne l'empêchait de tenir compte de cette circonstance dans le sens d'une plus grande sévérité, pensée comme le gage d'une plus grande sécurité⁹⁹.

En effet, si le « toutefois » semble inciter le juge à la clémence, il ne l'y oblige nullement. L'atténuation de responsabilité de l'article 122-1, alinéa 2 du Code pénal n'est pas, au contraire de l'excuse de minorité, une cause légale de diminution de peine¹⁰⁰ : l'abaissement de la sanction n'est pas automatique mais abandonné à la clairvoyance du juge. D'ailleurs, ce texte peut également impliquer qu'il ne s'agit pas tant de diminuer la peine que d'infliger une peine dont la nature est adaptée à l'existence d'une pathologie mentale, à l'exemple de l'un des dispositifs de soins pénalement ordonnés évoqués plus haut. De surcroît, des acteurs du système judiciaire (parquets y compris) font valoir que le constat par l'expert d'un discernement altéré en application de l'article 122-1, alinéa 2, a parfois pour effet de stigmatiser l'auteur des faits en laissant présumer sa dangerosité¹⁰¹. Cela inciterait les juridictions, et notamment les cours d'assises, à prononcer des sanctions plus élevées que celles réclamées par le parquet¹⁰² : « de circonstance totalement ou partiellement atténuante, [l'altération du discernement] devient facteur d'aggravation »¹⁰³. En certaines situations, la défense en deviendrait même réticente à exciper de cette atténuation de responsabilité par crainte de son potentiel effet pervers¹⁰⁴. Ainsi, en droit pénal le trouble mental deviendrait une charge supplémentaire dont la personne qui en souffrirait devrait quasiment se défendre afin d'éviter une

privation de liberté majorée. C'est exactement ce que l'on observe concernant la rétention de sûreté.

2. Les troubles de la personnalité et la rétention de sûreté

De récents développements législatifs confirment cette orientation qui fait de l'anormalité mentale, au travers du prisme de la dangerosité, une cause d'affermissement de la réponse pénale à l'infraction. On fait allusion à la rétention de sûreté créée par la loi du 25 février 2008¹⁰⁵, dispositif qui permet d'enfermer certaines personnes, à l'expiration de l'accomplissement de leur peine de réclusion criminelle, dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté lorsqu'elles présentent, comme le prévoit l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, une « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité ». Le vocabulaire est édifiant puisqu'il explicite que c'est bien le fait de « souffrir » d'une pathologie mentale qui justifie, en tant qu'elle crée une dangerosité particulière, la mise en œuvre d'un procédé privatif de liberté.

La rétention de sûreté n'est, selon le Conseil constitutionnel, « ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition » mais un dispositif visant à « empêcher la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité »¹⁰⁶. En d'autres termes, au plan de la technique juridique, « la rétention est une mesure de sûreté. [...] Elle est prononcée par des juges. Mais elle ne repose pas sur la culpabilité de la personne. Elle ne sanctionne pas une faute »¹⁰⁷. En effet, il ne s'agit pas de priver l'individu de liberté au regard de ce qu'il a fait, car sa faute est déjà rétribuée par la peine de réclusion effectuée au préalable. Il s'agit simplement de le priver de liberté pour le mal qu'on pense qu'il pourrait faire en raison de son état de santé mentale. En validant ce dispositif, le Conseil constitutionnel détache explicitement la prise en compte de la dangerosité par le droit pénal de la notion de culpabilité¹⁰⁸ comme il l'avait fait en 2005 dans sa décision concernant la loi créant la surveillance judiciaire¹⁰⁹. Ainsi que l'avait anticipé Foucault dans ses analyses sur les évolutions de la rationalité médico-légale :

98. J. Danet, « Droits de la défense... », p. 77.

99. *Ibid.*, p. 78. Dans le même sens, voir A. Giudicelli, « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux... » ; J. Pradel, *Manuel de droit pénal général*, 16^e éd., Paris, Cujas, 2006, p. 442.

100. Cass. crim., 5 septembre 1995, *Bulletin criminel*, n° 220 ; Cass. crim., 20 octobre 1999, *Bulletin criminel*, n° 228 ; Cass. crim., 4 novembre 2003, n° 03-81256 ; Cass. crim., 18 février 2004, *Bulletin criminel*, n° 46 ; Cass. crim., 18 janvier 2006, n° 05-83820.

101. Voir P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *Revue de science criminelle*, 2007, p. 797-814.

102. Voir le rapport de la commission santé-justice présidée par J.-F. Burgelin, ministère de la Justice et ministère de la Santé, *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive*, Paris, La documentation française, 2005, p. 49 ; J.-L. Senon, C. Manzanera, « Psychiatrie et justice pénale... ».

103. D. Salas, « La vérité, la sûreté, la dangerosité. Trois généalogies à l'épreuve des débats contemporains », in *Folie et justice...*, p. 215.

104. Voir J. Danet, « Droits de la défense... », p. 77.

105. Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

106. CC, déc. n° 2008-562 DC du 21 février 2008.

107. Discours de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Rachida Dati au Sénat le 30 janvier 2008 (cité par M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux... »).

108. Voir M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté...*, p. 23.

109. CC, déc. n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005 sur la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

La sanction n'aura donc pas pour but de punir un sujet de droit qui aura volontairement enfreint la loi, elle aura pour rôle de diminuer dans toute la mesure du possible soit par élimination, soit par exclusion, soit par des restrictions diverses, soit encore par des mesures thérapeutiques, le risque de criminalité représenté par l'individu en question¹¹⁰.

Il apparaît donc derechef que la notion de faute, au sens éthico-juridique du terme, devient progressivement étrangère aux enjeux du droit pénal. En cela, la rétention de sûreté se révèle paradigmatique d'un droit pénal dans lequel il ne s'agit plus tant de punir le crime que de l'éliminer par des mesures prophylactiques.

Incontestablement, « la réalité psychique de l'auteur d'infraction, comme celle de la victime, semblent de plus en plus considérées par les normes pénales »¹¹¹. Cette convergence entre le champ pénal et le champ de la santé mentale est révélatrice d'une inflexion forte du système juridique. En cela, elle n'est jamais qu'un symptôme supplémentaire d'une évolution plus profonde de l'organisation et des représentations collectives en général. Il semblerait bien que l'Occident soit entré dans une nouvelle *épistémè psy* dans laquelle les questions sociales et politiques, autrefois analysées à l'aide de grilles de lecture économiques, idéologiques, morales..., s'inscrivent toujours davantage dans un codage organisé autour des dimensions psychiques de l'individualité¹¹². Par exemple, le viol, infraction autrefois réprimée en tant qu'atteinte aux mœurs, à l'honneur de la femme mariée et à la famille¹¹³, est devenu, par la réforme opérée par la loi du 23 décembre 1980, une infraction protégeant le consentement et, comme on l'affirme de plus en plus, le psychisme de la victime¹¹⁴ : « l'absence de consentement de la victime est l'élément caractéristique du crime de viol, la loi du 23 décembre 1980 ayant voulu ne considérer que la meurtrissure psychique résultant d'une atteinte à la dignité de la victime »¹¹⁵ ; « la répression renforcée de la pénétration sexuelle par rapport aux autres formes d'agression sexuelle provient de la volonté de considérer l'importance toute particulière de la meurtrissure psychique »¹¹⁶.

En somme, le champ juridique, en tant qu'il a précisément pour objet de réguler les rapports sociaux, offre logiquement une place toujours plus significative à ce levier qu'est la subjectivité psychique dans son appréhension du trouble à l'ordre public et dans sa réponse aux comportements contraires à la norme.

La santé mentale et ses déclinaisons, au travers de la souffrance ou de la vulnérabilité psychique, du trouble mental, du trouble de la personnalité, etc., s'instaurent donc comme une nouvelle grammaire de l'organisation sociale et du droit qui cherche à la structurer. Comme l'explique le sociologue Alain Ehrenberg, les

[...] questions de pathologie mentale et de souffrance psychique ne sont plus un secteur particulier de la société traité par une discipline appelée la psychiatrie, mais un souci transversal à toute la société. Être en état de souffrance psychique est aujourd'hui une raison d'agir non seulement pour soigner, mais encore pour réguler les relations sociales dans les situations les plus diverses (pensez seulement au harcèlement moral dans le monde du travail et à la fascinante notion d'intégrité psychique désormais inscrite dans le droit). La centralité de la santé mentale tient à ce qu'elle intègre dans son périmètre d'action *la socialité de l'homme d'aujourd'hui* (et pas seulement sa pathologie) avec la souffrance au travail, les souffrances familiales, les souffrances psychosociales, etc., mais aussi le développement personnel, ce que la psychiatrie appelle « la santé mentale positive »¹¹⁷.

Michel Foucault estimait que, en Occident, l'époque prémoderne fut l'ère de la géopolitique, c'est-à-dire le gouvernement des territoires, et que l'avènement de la modernité, à compter des XVI-XVII^e siècles, a sonné le passage à la biopolitique par le gouvernement des corps¹¹⁸. Dès lors, peut-être que notre époque postmoderne est en train de franchir un pas supplémentaire en signant l'apparition d'une forme de psychopolitique¹¹⁹.

Dans cette nouvelle complexion socio-juridique naît alors une nouvelle forme de normativité pénale qui, non contente de réprimer les actes objectivement générateurs de troubles à l'ordre public, tend à s'introduire dans les modes de raisonnement dans le sillage desquels de tels comportements s'inscrivent ainsi que dans les affects

110. M. Foucault, « L'évolution de la notion d'"individu dangereux"... », p. 461.

111. G. Aidan, *Le fait psychique...*, p. 242.

112. Sur ce sujet, voir D. Vrancken, C. Macquet, *Le travail sur soi. Vers une psychologisation de la société?*, Paris, Belin, 2006 ; « D'où vient la psychologisation des rapports sociaux? », entretien avec R. Castel et E. Enriquez réalisé par H. Stevens, *Sociologies pratiques*, n° 17, 2008/2, p. 15-27.

113. Voir D. Mayer, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », *Dalloz*, 1981, Chron., p. 233 ; D. Mayer, « La protection pénale de la femme », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 389-395.

114. Voir G. Vigarolo, *Histoire du viol, XVI-XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1998, qui analyse notamment le viol sur mineur ; M. Iacob, P. Maniglier, *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Rosny, Bréal, 2005, p. 86.

115. CA Lyon, ch. acc., 18 mai 1990, Cass. crim., 5 septembre 1990, n° 90-83786, *Bulletin criminel*, n° 313, p. 790 ; *La semaine juridique*, éd. G, 1990, II, 21629, note M.-L. Rassat.

116. Cass. crim., 16 décembre 1997, *La semaine juridique*, éd. G, 1998, II, 10074, note D. Mayer.

117. A. Ehrenberg, « Épistémologie, sociologie, santé publique. Tentative de clarification », *Mouvements*, n° 49, 2007/1, p. 91.

118. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique : cours au collège de France, 1978-1979*, Paris, Gallimard – Seuil (Hautes études), 2004. Chez Foucault, la notion de gouvernement désigne « l'ensemble des institutions et pratiques à travers lesquelles on guide les hommes depuis l'administration jusqu'à l'éducation », « ensemble de procédures, de techniques, de méthodes qui garantissent le guidage des hommes les uns par les autres » (M. Foucault, « Entretien avec Michel Foucault », in *Dits et écrits*, D. Defert, F. Ewald (éd.), Paris, Gallimard, 1994, t. IV : 1980-1988, p. 93-94).

119. En ce sens, voir G. Aidan, *Le fait psychique...*, spéc. p. 478, préférant l'expression de « psychopolitique ».

qu'ils créent ou sur lesquels ils s'appuient. D'aucuns y voient le risque de l'avènement d'un État tentaculaire qui tendrait ainsi à prolonger son pouvoir de commandement jusqu'aux relations d'amitié, voire d'intimité amoureuse¹²⁰. Nous ne souscrivons pas à cette analyse, ou au moins pas sans certaines réserves. Le risque, selon nous, n'est pas tant celui de l'avènement d'un *Big Brother* ou d'un *UniOrd*¹²¹ que l'éclosion d'un système institutionnel socio-technique globalisant dans lequel les sentiments humains feraient l'objet d'une définition juridico-réglementaire. C'est donc bien, à tout le moins, un choix d'organisation sociale que révèlent ces évolutions du droit pénal. Cette société, que l'on peinerait d'ailleurs à désigner encore ainsi puisqu'elle ne reposerait plus sur des relations intersubjectives spontanées mais sur des interactions médiées par

des institutions, engendrerait un accroissement continu des interventions psycho-juridiques dans lesquelles juges et « psys » se relayeraient sans fin au chevet de toutes les déficiences et détresses humaines. On se sentira alors tout de même troublé à l'idée d'atteindre un tel horizon. D'abord, ce droit pénal en devenir est clairement engagé dans une entreprise de reconfiguration du sujet du droit¹²² et cette ambition prométhéenne n'est pas sans susciter certaines interrogations quant aux moyens que le droit sera de plus en plus tenté de mettre en œuvre pour parvenir à ses fins. Ensuite, la santé mentale, comme on l'a expliqué en introduction, a autant partie liée avec le bonheur qu'avec la souffrance. Or si c'est effectivement la mission du juge et du psychiatre de répondre à la seconde, il n'est pas de leur rôle de dire où se trouve le premier.

120. Voir M. Iacob, *La manipulation mentale*, disponible en ligne : http://www.concertation.net/site/wp-content/uploads/articles/Manipulation_mentale.pdf; A. Esquerre, *La manipulation mentale...*, p. 59; A. Esquerre, « La psychique affaire de l'État », *Che vuoi?*, n° 22, 2004/2, p. 195-201.

121. *UniOrd* est, dans un roman d'anticipation de Ira Levin (*Un bonheur insoutenable*, Paris, R. Laffont, 1970), un ordinateur gérant le destin de l'humanité et assurant son bonheur par administration d'une dose mensuelle d'un traitement médicamenteux.

122. Voir Y. Cartuyvels, « Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal? », in *Action publique et subjectivité*, F. Cantelli, J.-L. Genard (dir.), Paris, LGDJ (Droit et société), 2007, p. 87-101.